

والمقصود هنا ، الدافع الى تحقيق غرض غير مشروع ، يجاوز الحدود الاخلاقية ، او بمس المصلحة العامة أو يناقض مقاصد التشريع .

فعقد البيع مثلاً من نتائجـه المباشرة انتقال ملكية المبيع للمشتري ، وانتقال ملكية الثمن للبائع ، اما الغرض غير المباشر الذي يمكن أن يكون باعثاً لاحد المتعاقدين ، او لكليهما ، فنحو أن يبتغى المشتري اتخاذ المبيع لتحقيق غرض محرم ، كمن يشتري عنباً ليتخذه خمرأ مثلاً ، فاتخاذ عصير العنب خمرأ باعث حمل المشتري على انشاء عقد البيع مع البائع ، وهو دافع - كما نرى - غير مشروع ؛ لانه يرمي الى تحقيق غرض يحرمه الشارع .

هذا ، والباعث - كما هو واضح - أمر نفسي ذاتي خفي وخارج عن نطاق التعاقد ؛ لانه ليس ركناً في التصرف داخل في ماهيته ، ولا شرطاً يتوقف عليه وجوده ، واذا كان الباعث أمراً ذاتياً ، فهو متغير ، أي يختلف باختلاف الاشخاص .

إذن ، يمتاز الباعث بالخصائص الآتية : بأنه ذاتي ، وخارج عن نطاق التعاقد ، وأنه متغير ، وهذه نتيجة لكونه أمراً نفسياً ذاتياً (١) .

واذا تعددت البواعث فالعبرة عندئذ للباعث الرئيسي .

ففكرة الباعث إذن وسيلة لابطال التصرف الذي ظاهره الجواز ، ويقصد به الوصول الى أغراض وغايات محرمة ، وهو بهذا المعنى ينطبق على الاحتيال على قواعد الشرع الذي أشار اليه الامام الشاطبي في تعريفه للحيلة بقوله : « وحقيقتها تقديم عمل ظاهر الجواز ؛ لابطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر الى حكم آخر (٢) » ، أي من تحليل محرم او اسقاط واجب ، وكلاهما مناقض لمقاصد التشريع . وقد بين الإمام الشاطبي هذه المناقضة بقوله : « فآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة (٣) » .

(١) الوسيط ج ١ ص ٤٥٧ للدكتور السنهوري .

(٢) الموافقات ج ٤ ص ٢٠١ .

(٣) المرجع السابق .

مكانة الباعث في الفقه الإسلامي

قدمنا أن الفقه الإسلامي ذو نزعة مثالية يقيم للعناصر الخلقية ^(١) والادبية المقام الاول في تشريعه ؛ لسبب بسيط ، هو أنه فقه ديني الصبغة ، وقد فصلنا القول في ذلك أثناء البحث في مثالية الفقه الإسلامي ، والدعامة الخلقية التي يقوم عليها ، وقد تظاهرت الآيات الكثيرة على توطيد ذلك ، من مثل قوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » وقوله تعالى : « إن الله يأمر بالعدل والإحسان » وقوله تعالى : « قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن ، والإثم والبغي بغير الحق » وقوله تعالى في وصف ما جاء به الرسول عليه الصلاة والسلام من تشريع « يحلّ لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الجبائث ، ويضع عنهم إصرهم ، والأغلال التي كانت عليهم . » نكل ذلك يقتضي أن يعتد بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها ؛ فكان الفقه الإسلامي ذا نزعة ذاتية .

غير أنه الى جانب ذلك ينزع نزعة مادية موضوعية ، تعتد بالعبارة الظاهرة في التصرفات ، بمعنى أن تمام التصرف وصحته وترتب آثاره عليه ، كل ذلك منوط بالكيان التعبيري للتصرف الذي تفصح عنه العبارة ، ومقتضى هذه النزعة ، ألا يعتد بما هو خارج عن نطاق التصرف من الامور النفسية الخفية كالبواعث ، وهو بهذه النزعة يقترب من الفقه الجرماي ^(٢) ذي النزعة الموضوعية الذي لا يبحث فيما

(١) راجع الدعامة الخلقية في الفقه الإسلامي وأثرها في تقييد الحق ، ص ٨٨ وما بعدها .

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ ، ص ٥٣ للدكتور السنهوري - التصرف

الارادي والارادة المنفردة ، ص ٩٠ وما بعدها - للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

يتعلق بنشأة الالتزام أو صحته خارج نطاق العبارة المنشئة له ؛ فلا يبحث عن غايات نهائية ، وأغراض غير مباشرة خارجة عن النطاق التعبيري الفني الذي هو مظهر للارادة ؛ بل هو الارادة .

وهذا النظر يضيق مجال فكرة الباعث وأثرها في التصرفات .

وبين أستاذنا الدكتور السنهوري هاتين النزعتين في الفقه الاسلامي إذ يقول :

« على الرغم من أن الفقه الاسلامي - تجاه نظرية السبب - ذو نزعة موضوعية بارزة ، يعتد بالتعبير عن الارادة دون الارادة ذاتها ، أي بأخذ مبدأ الارادة الظاهرة لا بمذهب الارادة الباطنة ، حتى كان أقرب في هذه الناحية من الفقه الجرمانى ، إلا أنه من جهة أخرى فقه تتغلب فيه العوامل الادبية والخلقية والدينية ، وهذا يقتضى أن يعتد فيه بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها ؛ فكان ينبغى أن يكون لنظرية السبب - وهي خلقية في المقام الاول - مكان ملحوظ يضاهي مكانها في الفقه اللاتيني ^(١) » .

وإذا كان الفقه الاسلامي - بحكم كونه ديني الصبغة - ينزع نزعة ذاتية ، تعتد بالبواعث والنوايا ، غير أنه لم يضع في أي مذهب من مذاهبه نظرية عامة للباعث ؛ ولكنه يورد التطبيقات التفصيلية ، ويمكن عن طريق تحليل هذه التطبيقات الفرعية وتأصيلها ، استخلاص نظريات عامة ، كنظرية الباعث مثلاً .

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٥٣ للدكتور السنهوري .

أثر هاتين النزعتين في المناهج الفقهيّة

لاخلاف بين العلماء في أن الباعث غير المشروع إذا أسفر عنه التعبير في صلب العقد يبطله ؛ لاقتراحه بشرط محذور محرم^(١) .
أما إذا لم يتضمنه التعبير ، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ضمناً ، ففي الاعتداد به خلاف بين الفقهاء .

فالحنابلة : يعتدون بالباعث ، ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة ، فإذا تبين أنه غير مشروع — ولو عن طريق القرائن — ابطال الالتزام ، ولم يترتب عليه أثر ؛ وبذلك يأخذ الحنابلة بالنزعة الذاتية .

أما الحنفية والشافعية : فقد ذهبوا إلى أنه لا اعتداد بالباعث غير المشروع مادام لم يتضمنه التعبير ، والتصرف صحيح ؛ بالنظر لسلامة كيانه الفني التعبيري ظاهراً ، من حيث هو تصرف مستكمل لأركانه وشروطه الشرعية .

فوجود التصرف الشرعي ، ووجوب تنفيذه ، منوطان شرعاً بصدور العبارة الصحيحة في صورتها الدالة عليه من أهلها ، ويقولون : إن نصوص الكتاب والسنة ؛ بل وعامة أحكام الشريعة تدل على ذلك .

هذا ، وقد قدمنا أن الحنفية يعتدون بالباعث إذا دل عليه طبيعة المحل ضمناً كما سيأتي .

فهذا الفريق لم يفسح المجال أمام القضاء لتجري البواعث النفسية ، يحكم على ضرئها بصحة التصرف أو بطلانه ؛ بل يكتفى بالعبارة الظاهرة أو الإرادة الظاهرة .

(١) التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ص ٩٣ للاستاذ الشيخ علي الحنيف .

ونفصل القول في الباعث من وجهة نظر المذاهب الفقهية :

أ - مذهب الحنفية :

قلنا ان مذهب الحنفية لا يعتد بالباعث الا اذا تضمنته صيغة العقد صراحة ، او امكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ، فمن الأول ما جاء في الزيلعي : « ولا يجوز (الاستئجار) على الغناء والنوح والملاهي ؛ لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد ، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئاً ؛ اذ المبادلة لا تكون الا باستحقاق كل واحد منها على الآخر ، ولو استحق عليه المعصية ، لكان ذلك مضافاً الى الشارع ، من حيث أنه شرع عقداً موجباً للمعصية ، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً ... » (١) .

وفي الفتاوى الحانية : « رجل استأجر فعلاً لينزى به ، لا يجوز ذلك ، ولا أجر فيه ، وكذا الناحية والمغنية . وان استأجر المسلم ذمياً ؛ لبيع الخمر أو الميتة أو الدم ، لم يجز ، لورود النهي عن ذلك » (٢) .

وفي البدائع : « لا تجوز اجارة الاماء للزنا ؛ لانها إجارة على المعصية » (٣) . وجاء في مختصر الطحاوي « ومن كان له عصير فلا بأس عليه في بيعه ، وليس عليه أن يقصد بذلك الى من يأمنه ان يتخذه خمراً دون من يخاف ذلك عليه ؛ لان العصير حلال ، في بيعه حلال ، كبيع ما سواه من الاشياء الحلال ، بما ليس على بائعها الكشف عما سيفعله المشتري فيها ، وانما جاز هذا العقد اذا لم يذكر فيه صراحة ولا ضمناً ، ان يتخذه المشتري خمراً ، فالبيع في هذه الحال صحيح ، ولو اتخذ المشتري بعد ذلك خمراً » (٤) .

(١) الزيلعي ج ٥ ص ١٢٥ .

(٢) الفتاوى الحانية ج ٢ ص ٣٢٢ .

(٣) البدائع ج ٤ ص ١٩٠ .

(٤) ص ٢٨٠ .

وهكذا نرى المذهب الحنفي لا يعتد الا بمشروعية محل العقد ، مادام لم يرد في صيغته ، او لم يمكن ان يستخلص من محل العقد ما يسفر عن الباعث صراحة او ضمنا .

هذا ، وعلماء الحنفية مجمعون على أنه لا يجوز التعاون على الاثم والمعصية ؛ ولكن الخلاف بين الامام وصاحبيه فيما تقوم به المعصية ، فالامام يرى أن الباعث مادام لا يوجد ما يسفر عنه صراحة لا يعتد به ، فلينظر الى محل العقد ؛ فاذا قامت المعصية بذاته ؛ فلا يجوز العقد عندئذ ، اما اذا لم تقم المعصية بعينه ، فيجوز . أما الصحابة فقد جاوزوا المحل ، ونظروا الى الباعث غير المشروع ، وقالوا بالكراهة ، كما في التحايل على اسقاط الشفعة ، وكما في بيع العينة .

جاء في الاختيار ^(١) : « وتكره الحيلة في اسقاط الشفعة قبل وجوبها عند أبي يوسف ؛ لانه منع من وجوب الحق ، ويكره عند محمد ؛ لانها شرعت لدفع الضرر ، والحيلة في اسقاط الزكاة على هذا » .

فتعليل الإمام محمد صريح بأن الكراهية للتعسف ؛ لان في اسقاط الشفعة منافاة لقصد الشارع ؛ فاذا شرعت الشفعة لدفع الضرر ، فاسقاطها عن طريق التحايل بأمر ظاهر الجواز يفضي الى الاضرار ، وهو مناقضة لقصد الشارع ؛ وكذلك اسقاط الزكاة .

ويوجه عام ، فان المذهب الحنفي لا يقيم كبير وزن للباعث غير المشروع بعد ان يكون محل العقد مشروعا ، لا تقوم معصية بذاته ، فمن ذلك ما جاء في الزبلي :

« وجاز بيع العصير من خمار ؛ لان المعصية لا تقوم بعينه ؛ بل بعد تغييره ، بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة ، لأن المعصية تقوم بعينه ، فيكون إغانة لهم وتسببا ، وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية ؛ ولأن

(١) الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ٦٨ .

العصير يصلح لاشياء كلها جائز شرعاً ، فيكون الفساد الى اختياره ..
 فالنص صريح في أن العبرة بمحل العقد ، ولا ينظر الى الباعث غير
 المشروع ، ولو قامت القرائن على وجوده ، فكون المشتري خماراً قرينة قوية في
 الدلالة على الباعث غير المشروع ، وهو اتخاذ خمرأ ، ومع ذلك ، لم يتلفت
 اليه . لا يقال ان السلاح في ذاته ليس بمعصية فلم يأخذ حكم العصير ، قلنا
 لأنه امكن استخلاص الباعث من طبيعته ؛ ولانه تعين طريقاً للمعصية في
 هذه الحال .

ويعتد بالباعث غير المشروع في المذهب الحنفي اذا نص عليه صراحة على سبيل
 الشرط ، فيبطل العقد ، من ذلك ما جاء في ابن عابدين : « لا تصح الاجارة
 لاجل المعاصي ، مثل الغناء والنوح والملاهي ، ولو أخذ بلا شرط يباح » (١).

ويورد الامام الكاساني تطبيقات فيما يمكن استخلاص الباعث غير المشروع من
 طبيعة محل العقد ، وحكمها عدم الجواز ، منها ما جاء في البدائع : « وأما القرد
 - أي شراء القرد - فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان في جوازه وعدم جوازه ،
 وجه رواية عدم جوازه ، أنه غير منتفع به شرعاً ؛ فلا يكون مالاً كالخنزير ،
 ووجه رواية الجواز ، أنه إن لم يكن منتفعاً به بذاته يمكن الانتفاع بجلده ؛
 فكان بالنظر الى جلده مالاً ، وجاز لذلك شراؤه ، والصحيح عدم الجواز ؛ لأنه
 لا يشتري للانتفاع بجلده عادةً ؛ بل للهو به ، وهو حرام ؛ فكان هذا بيع
 الحرام للحرام ، وأنه لا يجوز » .

٢ - مذهب الامام الشافعي :

يأخذ الامام الشافعي - رحمه الله - بالنزعة الموضوعية ، فيذهب الى أن
 العقود والالتزامات لا تؤثر فيها البواعث النفسية الخفية ، « فالسبب هو الايجاب

(١) رد المختار ، ج ٥ ص ٣٥ - ٣٦ .

والقبول ، وهما تاملان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ، ومحلية العقد قابلة ؛ فلم يبق
إلا القصد المقرون بالعقد - أي الباعث - ولا تأثير له في بطلان الأسباب
الظاهرة^(١) ؛ لان الباعث لا يؤثر في اقتضاء السبب حكمه .

يقول في كتابه الأم :

« أصل ما أذهب إليه ، أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ،
ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكروه لها النية إذا كانت
النية لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكروه للرجل أن يشتري السيف على
أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ، ممن يراه أنه يقتل به ظمناً ؛
لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع ، وكما أكروه للرجل أن يبيع
العنب ممن يراه أنه يعصره خمرأ ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه ؛ لأنه باعه
حلالاً ، وقد يمكن ألا يحوله خمرأ أبداً ، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً
أبداً . ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي ألا يمسيها إلا يوماً أو
أقل أو أكثر لم أفسد النكاح ؛ وإنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد »^(٢) .

وهكذا يفسر الامام الشافعي الشريعة تفسيراً مادياً على الظاهر لا على
ما بطن^(٣) .

ويقول في موضع آخر : « غير أنها إذا عقدا النكاح مطلقاً لا شرط فيه ؛
فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح شيئاً ؛ لأن النية حديث نفس ، وقد
وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم ، وقد ينوي الشيء ولا يفعله ، وينويه
ويفعله ، فيكون الفعل حادثاً غير النية ، كذلك لو نكحها ونيتها ونيتها ، أو
نية أحدهما دون الآخر ، أن لا يمسيها إلا قدر ما يصيبها ، فيحلها لزوجها ،

(١) إعلام الموقعين ج ٢ ص ١٧٢ - ١٧٣ .

(٢) الام للشافعي ج ٣ ص ٦٥ .

(٣) الشافعي للاستاذ الشيخ أبي زهرة ص ٣١٧ - ٣١٨ .

ثبت النكاح . . . ما لم يقع النكاح بشرط يُفسده»^(١) .

وهذه النصوص تدل صراحة على تشدد الامام الشافعي في تمسكه بالظاهر « فهو لا يحكم على العقود من حيث آثارها وأوصافها بحسب أغراض المتعاقدين ودوافعها التي لا تذكر وقت العقد ، وإن كانت بينة من أحوالها»^(٢) « فلا يعتد إلا بصيغة العقد وما تضمنته عبارته ، ولا يلتفت الى القرائن وملابسات الأحوال ، ولو كانت تدل دلالة قوية على أنه اتخذ ذريعة لأمر محرم ؛ بل يحكم بصحة العقد ، وفي هذا يقول الامام الشافعي : « يبطل حكم الاكاذب من الذرائع في البيع وغيرها ، ويحكم بصحة العقد ٣ » .

٣- مذهب الامام احمد :

يأخذ الامام احمد بالنزعة الذاتية ، فيعتد بالبائع غير المشروع ، ولو لم تتضمنه صيغة العقد ؛ فاذا تبين ذلك أبطل به العقد ، مادام قد اتخذ العقد وسيلة الى أمر غير مشروع ؛ لأن في تنفيذه اعانة على المعصية والعدوان ، وذلك منهى عنه بالنص .

ولا يشترط - لإبطال التصرف في العقود ، اذا تبين أن البائع عليه غير مشروع - سوى علم الطرف الآخر بهذا البائع ضماناً لاستقوار التعامل .
ويقول ابن القيم : « القصد روح العقد ومصححه ومبطله ؛ فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الالفاظ ؛ فان الالفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها ، فاذا ألغيت ، واعتبرت الالفاظ التي لا تراد لنفسها ، كان هذا الغاء لما يجب اعتباره ، واعتباراً لما يجب الغاؤه»^(٤) .

(١) الام ج ٥ ص ٧١ .

(٢) الشافعي ص ٣١٧ وما بعدها . للاستاذ الشيخ ابي زهرة .

(٣) الام ج ١ ص ٤٢ - و ٧ ص ٢٦٨ و ج ٦ ص ١٩٩ .

(٤) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٢ .

ويقول في موضع آخر مؤكداً إعمال البواعث في التصرفات ، وأن ذلك من قواعد الشريعة التي لا يجوز هدمها .

« وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها ؛ أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً أو صحيحاً أو فاسداً »^(١) .

صلة فكرة الباعث بنظرية التعسف في المعاوضات

وأينا أن فكرة الباعث قد أخذ بأصلها جميع الفقهاء ، وانحصر اختلافهم فيما يتحقق به التذرع الى الغرض المحرم ، أي في المناط الذي يتحقق به التحايل على قواعد الشرع ، ونشأ عن ذلك نزعتان إحداهما مادية موضوعية ، لا تعتد بالباعث الا اذا ورد في صيغة العقد ، ودلت عليه العبارة الظاهرة ، او أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ، والأخرى ذاتية تعتد به ، ولو لم تتضمنه صيغة العقد ، اكتفاءً بالقرائن الدالة عليه .

ومن أجل هذا ، كانت فكرة الباعث عند الذاتيين خصبة مثمرة ، تقيد الارادة في كل تصرف ؛ لتعافظ على مقصود الشرع ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ليست الا تطبيقاً لفكرة الباعث في بعض معاييرها^(٢) .

مرونة الباعث وضابطه :

على أن الباعث بما هو عامل نفسي ذاتي - يختلف باختلاف الاشخاص ،

(١) المرجع السابق ص ٨٤ .

(٢) ومن جوانب نظرية التعسف التي لا تحكمها فكرة الباعث الاضرار الفاحشة التي تلحق بالجار ، والتي تلزم عن استعمال حق الملكية بقطع النظر عن قصد احداثها .

وبما هو أمر خارج عن نطاق التعاقد ، لا بد من ضابط له ، حتى لا يكون سبباً في ترزيع المعاملات وعدم استقرارها .

ولذا رأينا الفقهاء مختلفين في ضبطه ، فمنهم من اشترط أن يكون منصوباً عليه في صلب العقد ، وهم الشافعية والحنفية كما رأينا . ومنهم من لم يشترط ذلك ؛ بل اكتفى بعلم التعاقد الآخر به ، أو بوجود قوائن يفترض معها هذا العلم . وهذا هو مذهب الحنابلة والمالكية ، ومنهم من اكتفى بمظنة الباعث البعيدة ؛ فلم يشترط وجود الباعث غير المشروع في كل معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد ، اكتفاء بالكثرة دون غلبة الظن ، عملاً بالاحتياط الذي يوجب اعتبار هذه الكثرة في مرتبة الأمور الظنية الغالبة^(١) كما قدمنا .

استراط علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع في المعاملات :

غير أن أعمال الباعث غير المشروع على هذا النحو في المذهب الحنبلي يُفضي الى زعزعة التعامل ؛ فكل متعاقد بوسعه أن يدعى الباعث غير المشروع ؛ لا بطلان التصرف ؛ لذا ؛ وضماناً لاستقرار التعامل ، اشترط علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع ، أو ان يكون بحيث يفترض فيه هذا العلم .

وجاء في كشف القناع :

« ولا - اي لا يصح - بيع سلاح ونحوه في فتنة ، أو لأهل الحرب ، أو لقطاع طريق ، اذا علم البائع ذلك من مشتره ، ولو بقوائن ؛ لقوله تعالى : « ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » ويصح بيع السلاح لأهل العدل ، لقتال البغاة ،

(١) وهذا هو رأي الامام مالك ؛ توسعاً منه في أعمال الباعث غير المشروع ، باعتبار وجود مظنته البعيدة - الموافقات ج ٢ ص ٣٦١ وما بعدها .

وقتل قطاع الطريق ؛ لان ذلك معونة على البر والتقوى^(١) .
 وجاء فيه أيضا « ولا يصح بيع ما قصد به الحرام ، كعنب وعصير لتخذه
 خمرًا ، وكذا زبيب ونحوه^(٢) » .
 وفي المغني لابن قدامة :

« وبيع العصير ممن يتخذه خمرًا باطل » .
 « وجملة ذلك ان بيع العصير لمن يعتقد انه يتخذه خمرًا حرام . ولنا قول الله
 تعالى : « ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » وهذا نهي يقتضي التحريم » .
 « وروي عن النبي ﷺ : انه لعن في الحمر عشرة ؛ ولانه يعقد عليها لمن يعلم
 انه يريد بها للمعصية ، فأشبه اجارة امته لمن يعلم انه يزني بها ، والآية^(٣) مخصوصة
 بصور كثيرة ، فيخص منها محل النزاع بدليلنا . وقولهم تم البيع بشروطه
 وأركانها ، قلنا لكن وجد المانع منه » .

« اذا ثبت هذا ، فالحل فاما يحرم البيع ويبطل اذا علم البائع قصد المشتري
 ذلك ، إما بقوله ، وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك^(٤) » .
 فاما إن كان الأمر محتملاً ، مثل ان يشتريها من لا يعلم حاله ، او من يعمل
 الحل والحمر معاً ، ولم يلفظ بما يدل على ارادة الحمر ، فالبيع جائز ، وإذا ثبت

(١) كشف القناع ج ٣ ص ١٤٦ .

- انظر كيف يجعل فقهاء الحنابلة من قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا
 تعاونوا على الاثم والعدوان « قاعدة عامة تنفيد بها الحقوق سلباً وإيجاباً ، كما يجعلونها قيداً
 يرد على العمومات ؛ تحريماً لمقصود الشارع ، ويحتكون اليها في خلافهم مع غيرهم من فقهاء
 المذاهب الأخرى .

(٢) كشف القناع ج ٣ ص ١٤٦ .

(٣) اي قوله تعالى « واحل الله البيع وحرم الربا » وهي الآية التي تمسك بها
 اصحاب النزعة الموضوعية في تصحيح العقد اذا لم يرد في صيغة العقد ما يدل عليه .

(٤) المغني ج ٤ ص ٢٢٣ لابن قدامة - راجع اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٣٨ -
 ص ١٣٩ لابن قيم الجوزية .

التخمين فالبيع باطل . وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لاهل الحرب ، او لقطاع الطريق ، أو في الفتنة ، وبيع الامة للغناء ، او اجارتها كذلك ، أو اجارة داره لبيع الخمر فيها ؛ أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأسباه ذلك ، فهذا حرام والعقد باطل لما قدمنا .

« وقد نص الإمام أحمد على مسائل نبه بها على ذلك ؛ فقال في القصاب والحجاز : « اذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب السكر لا يبيعه ، ومن يخطو الاقداح لا يبيعها ممن يشرب فيها ، ونهى عن بيع الدباج للرجال ، ولا بأس ببيعه للنساء : وروي عنه « لا يبيع الجوز من الصبيان للفقار » . « وعلى قياسه البيض ، فيكون بيع ذلك كله باطلاً (١) » .

٤- المذهب المالكي :

جاء في الموافقات للإمام الشاطبي « ان الاعمال بالنيات ، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات (٢) » ، وأورد الأدلة من الكتاب والسنة والمعقول على هذا الأصل .

وقدمنا ، أن الامام مالك يعمل الباعث غير المشروع في التصرف ، فيطله اذا تبين ، او قامت مظنته ؛ بل ذهب الى اعتبار ما يؤدي اليه التصرف من المحذور في الكثرة من الاحوال ، ولو لم يصل ادأؤه للمفسدة في الغالب من الظن ، فضلاً عن القطع - مظنة للباعث غير المشروع ؛ عملاً بالاحتياط والتحرز عن الفساد ؛ لأن الشريعة قامت على الأخذ بالحزم والاحتياط (٣) .
جاء في التبصرة لابن فرحون في مسائل البيوع :

(١) المغني ج ٤ ص ٢٢٣ لابن قدامة - كشف الفناع ص ١٤٦ ج ٣ .

(٢) ج ٢ ص ٣٢٤ .

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٣٢٣ للشاطبي ، وراجع كتاب مالك ص ١١٢ للاستاذ

الشيخ ابي زهرة .

« ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب ، يعني من الحربيين ، ويلحق بذلك بيع الخشب لمن يعمل منها صلياً ، وبيع الدار لمن يعملها كنيسة ، والغنب لمن يعصره خمرأ »^(١) .

ويقول في مؤيد هذا المنع : « ويؤدب من يبيع آلات اللهو ، ويفسخ البيع ، ويكسر ، ويؤدب أهل ذلك »^(٢) .

غير أن الباعث غير المشروع اذا اقتضى المنع في مذهب المالكية ؛ لكن يبدو أن العقد ينقذ ثم يفسخ ؛ درء للمفسدة ، كما جاء في النص السابق عن التبصرة .

هذا ، وجاء في الخطاب : « بيع الغنب لمن يعصره خمرأ ، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها غير جائز »^(٣) .

فهذا النص يقضي بطلان الالتزام ، بينا النص السابق لا يحيز استدامة آثاره ؛ لما يترتب عليه من مفسد وآثام .

وجاء في المدونة : « وكذا بيع الخشب لمن يستعملها صلياً ، وبيع الغنب لمن يعصره خمرأ على أحد قولين . كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم انه يريد به قطع الطريق على المسلمين ، أو إثارة الفتنة بينهم ، كما لا يجوز في مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتساحون في الفساد ، وعدم الغيرة ، وهم آكلون للحرام ، ويطعمونها منه »^(٤) .

وفي الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه :

« ويمنع بيع كل شيء علم ان المشتري قصد به امرأ لا يجوز ، كبيع جارية لأهل الفساد ، وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة ، وبيع خشبة لمن يصنعها

(١) التبصرة ج ٢ ص ١٤٧ لابن فرحون .

(٢) المرجع السابق .

(٣) شرح الخطاب ج ٣ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤ .

(٤) ج ٤ ص ٢٥٣ و ٢٥٤ .

صلياً ، وبيع العنب لمن يعصره خراً ، والنحاس لمن يتخذنه ناقوساً ، وكذا يمتنع ان تباع آلة الحرب للحريين ، كسلاح أو كراع وصرج وكل ما يتقوون به في الحرب ، من نحاس أو خباء أو ماعون ، ويجبرون على اخراج ذلك من ملكهم ، ولا يفسخ البيع .

وقال ابن رشد : « والخلاف في هذا مقيد بما اذا علم البائع ان المشتري يفعل ذلك ، أما اذا لم يعلم ، ثم ظهر أنه يفعل ذلك ، فان البيع لا يفسخ بلا خلاف ، ولكن يجبر المشتري على اخراجه من ملكه ببيع ونحوه . »

يستخلص من هذه النصوص فيما يتعلق بإعمال البائع غير المشروع في المعاوضات عند المالكية وجهتان من النظر :

الأولى - ان العقد لا ينعقد بتأثير البائع غير المشروع الا اذا علم من الطرف الآخر كما جاء في الخطاب .

الثانية - ان العقد ينعقد ولكنه واجب الفسخ ، اذا لم يعلم البائع بقصد المشتري ؛ بل يجبر هذا على اخراجه من ملكه ، فأراء الفقهاء في هذا المذهب تتردد بين الاخذ بالنزعة الموضوعية والذاتية ؛ ولكننا نرجح ان المذهب المالكي أميل الى الاخذ بالنظرية الذاتية لما يلي :

اولاً : ان المحققين من أصولي المذهب المالكي ، قد حملوا لواء النزعة الذاتية ، وأفاضوا القول فيها ، وأقاموا الادلة على أصالة هذا المبدأ في الشريعة ، وهو الذي يتفق ومقاصدها الاساسية ، ولم يقصروا أثر القصود على العبادات ، بل بوهنوا على شمول هذا الأثر للعبادات والمعاملات ، وأوجبوا - ليكون التصرف سليماً نافذاً - ان يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ، ويقصدون بالقصد هنا ما يشمل البائع ، يرشدنا الى هذا ، أقامتهم الادلة على ابطال نكاح التحليل ، الى جانب إقامتهم الحجج على ابطال بيعوع الآجال التي يقصد بها تحقيق الربا ، كما في بيع العينة ، وبينوا مناقضة قصد الشارع في التحايل على اسقاط الزكاة عن طريق الهبة قرب نهاية الحول ؛ وعلى هذا ، فقد شمل إعمال البائع غير المشروع نكاح